

Sygn. akt KIO/UZP 1415/09

WYROK

z dnia 12 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasta Rawa Mazowiecka, Urząd Miasta Rawa Mazowiecka, Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 5, 96-200 Rawa Mazowiecka** protestu z dnia 31 sierpnia 2009 roku.

przy udziale **TIWWAL Sp. z o.o., ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** na rzecz **Gminy Miasta Rawa Mazowiecka, Urząd Miasta Rawa Mazowiecka, Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 5, 96-200 Rawa Mazowiecka,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Gmina Miasto Rawa Mazowiecka prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Budowa krytej pływalni wraz ze sztucznym lodowiskiem w Rawie Mazowieckiej z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 03 kwietnia 2009 roku pod numerem 93227-2009.

W dniu 21 sierpnia 2009 roku zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. (lider), HOLMA Sp. z o.o., BUDBAUM SA zwanym dalej konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o.

Pismem z dnia 31 sierpnia odwołujący - Budimex Dromex S.A. złożył protest, zarzucając niewłaściwe dokonanie czynności oceny złożonych przez konsorcjum wyjaśnień dotyczących

elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny i w związku z tym niedokonanie ponownej rzetelnej oceny ofert i bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty ww. konsorcjum, a następnie bezprawne wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że działanie zamawiającego dotknięte jest szeregiem wad prawnych i zaniedbań, w szczególności narusza art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień Konsorcjum, a właściwie brak dokonania tej oceny, a w związku z tym odwołujący wskazał na niezastosowanie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie wykonał w całości wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 roku, sygn. akt KIOIUZP 1000/09. W konsekwencji powyższych naruszeń doszło do pogwałcenia podstawowych zasad obowiązujących w zamówieniach publicznych określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że poza sporem jest, iż występowały podstawy do uznania, że cena oferty konsorcjum może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. O prawdopodobieństwie występowania rażąco niskiej ceny w sposób jednoznaczny przesądził wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 roku, w którym Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty, poprzedzonej wezwaniem konsorcjum do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Izba uznała, że cena oferty może być rażąco niska, wskazując, że rozbieżność oszacowania przedmiotu zamówienia, cen innych Wykonawców i ceny wybranego wykonawcy winna wzbudzać uzasadnione obawy o rzetelność skalkulowania ceny oferty (str. 16 uzasadnienia wyroku).

Zamawiający potraktował wyrok literalnie i wykonał go w sposób formalny, bowiem istotnie poprzedził wybór najkorzystniejszej oferty wezwaniem do udzielenia wyjaśnień, ale zamawiający nie wykonał obowiązku, nałożonego przez przepisy art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, bowiem brak rzetelnej oceny tych wyjaśnień i zachowania się zgodnie z dokonaną oceną.

Odwołujący wskazał na pośpiech zamawiającego w podjęciu decyzji o ponownym wyborze i dokonanie wyboru oferty tego samego dnia co złożenie wyjaśnień, poddał również w wątpliwość okoliczność czy ocena ta była przeprowadzona przez komisję przetargową, która winna procedować przy zamówieniach o takich wartościach.

Odnosząc się do złożonego przez konsorcjum wyjaśnienia elementów, mających wpływ na wysokość ceny (pismo z dnia 21 sierpnia 2009 roku) odwołujący wskazał, że podane

czynniki, takie jak: duże doświadczenie; własny sprzęt; wykwalifikowana kadra; wyliczenie kosztów; wykaz robót nie są niczym nowym i wszystkie te cechy zostały już potwierdzone stosownymi oświadczeniami i dokumentami. Sposób wyliczenia ceny został podany w kosztorysie, gdzie ujęto ceny, współczynniki cenotwórcze przedstawione ponownie w wyjaśnieniach: stawka roboczogodziny, koszt pośredni, koszt zakupu czy zysk.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2, uzasadnieniem zaproponowania niskiej ceny muszą być czynniki obiektywne, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Czynniki te muszą być dostępne dla wykonawcy w sposób zindywidualizowany, a zatem *a contrario* czynniki te muszą być niedostępne lub przynajmniej niestosowane przez pozostałych wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu.

Tymczasem wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu są dużymi przedsiębiorcami, którzy posiadają doświadczenie, własny sprzęt i wykwalifikowaną kadrę a także prowadzą równolegle inne roboty. Zatem każdy z wykonawców ma możliwość negocjacji cen na dostawy urządzeń, materiałów budowlanych typu beton, stal i pozostałe.

Konsorcjum nie załączyło do wyjaśnień żadnego dowodu, który potwierdziłby informacje przedstawione w wyjaśnieniach, tymczasem art. 90 ust. 3 wymaga przedłożenia takich dowodów.

Zdaniem odwołującego, jedynym czynnikiem który może świadczyć o powodach zastosowania rażąco niskiej ceny może być czynnik dysponowania przez konsorcjum zapasami materiałów powstałymi jako oszczędności z innych realizacji, które konsorcjum zamierza wykorzystać na tej budowie. Jednak nie może być to czynnik przesądzający, deklarowane zapasy nie powstały u członków konsorcjum bezkosztowo. Ponieważ były kupione wcześniej to mając na uwadze aktualny spadek cen materiałów, odwołujący wywiódł wniosek, że za materiały zapłacono drożej niżby to miało miejsce obecnie. Użycie tych materiałów i traktowanie ich obecnie jako bezkosztowych stanowi nadużycie ze strony konsorcjum. W jego ocenie koszty zakupu tych materiałów winny być doliczone do kosztów wykonania zamówienia. Jeśli natomiast konsorcjum chce podarować zamawiającemu te materiały to może to zrobić w formie darowizny, co w ocenie odwołującego naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jedynym racjonalnym wytłumaczeniem może być to, że konsorcjum chce się pozbyć zapasów, które zalegają w jego magazynach a ich termin przydatności kończy się. Wykorzystanie takich materiałów zwolni konsorcjum z ponoszenia kosztów ich utylizacji i na tym może polegać korzyść dla konsorcjum, ale w drugiej stronie odwołujący wskazał na niebezpieczeństwo zaoferowania przeterminowanych materiałów do realizacji zamówienia.

W dalszej części protestu odwołujący wskazał na:

1. brak ujęcia robót w kosztorysie ofertowym (ścian żelbetowych – wartość ok. 330 000 oraz ruszt stalowy pod okładziny elewacyjne z izolacją z wełny mineralnej – wartość ok. 260 000 zł).
2. zaniżenie ilości materiałów lub podanie błędnych wartości:
 - a) zbrojenie konstrukcja żelbetowa (przedmiar 289,95 t -w kosztorysie Konsorcjum 173,54 t;
 - b) konstrukcja dachu z drewna klejonego, dźwigary płatwie -montaż i ściagi (przedmiar 248,1 m -w kosztorysie Konsorcjum 174,72 m3;
 - c) panele elewacyjne z HPL (przedmiar 623,39 m2 -w kosztorysie Konsorcjum 483 m2;
 - d) elewacja kamienna (przedmiar 952 m2 -w kosztorysie Konsorcjum 750 m2;
 - e) fasady aluminiowe (przedmiar 1083,34 m2 -w kosztorysie Konsorcjum 746 m2;
 - f) balustrady i pochwyty razem (przedmiar 493 mb w kosztorysie Konsorcjum) 34 mb;
 - g) g) trybuny (przedmiar 330 szt. -w kosztorysie Konsorcjum 154 szt.
3. zaniżenie cen zakupu wielu urządzeń i materiałów:
 - a) instalacja pomp:
 - I. pompy obiegowe (wartość katalogowa pomp obiegowych wskazanych do montażu przez Zamawiającego wynosi ok. 1300 euro/kpl) - w kosztorysie Konsorcjum podano koszt pomp obiegowych wraz montażem - 858,18 zł/kpl;
 - II. pompy ciepła (cena katalogowa zakupu 133.308 zł/szt., zamontować należy 4 sztuki, co oznacza, że koszt pomp bez montażu wyniesie 533.232 zł) -w kosztorysie Konsorcjum podano koszt pompy wraz z montażem 58.811 zł/szt., co oznacza, łączny koszt 4 sztuk w wysokości 235.244 zł. Zaniżenie kosztu co najmniej o 297.988 zł;
 - b) instalacja solarna (koszt zakupu samych paneli wynosi ok. 240.000 zł i napełnienie instalacji płynem ok. 30.000 zł.) Oprócz tego występują koszty: wykonania rurociągów miedzianych z izolacją, montażu systemu buforowego, zasobników ciepłej wody, pomp obiegowych i in-nych mniejszych elementów instalacyjnych) -w kosztorysie Konsorcjum na wszystkie te prace i zakupy wpisano kwotę 273.317 zł;
 - c) instalacja C.O.:
 - I. grzejniki typu II KV o dł. 400-800 mm (uśredniona cena rynkowa 196,06 zł/szt.) - w kosztorysie Konsorcjum uśredniona wraz z montażem 155,41 zł/szt

- II. grzejniki typu 22 KVo dł. 400-800 mm (uśredniona cena rynkowa 282,28 zł/szt.) - w kosztorysie Konsorcjum uśredniona cena wraz z montażem 221,34 zł/szt.;
- III. grzejniki typu 11 KV o dł. 1000-1400 mm (uśredniona cena rynkowa 269,02 zł/szt.) - w kosztorysie konsorcjum uśredniona cena wraz z montażem 200,97 zł/szt.;
- IV. grzejniki typu 22 KV o dl. 1000-1400 mm (uśredniona cena rynkowa 369,21 zł/szt.) w kosztorysie Konsorcjum uśredniona cena wraz z montażem 284,00 zł/szt.;
- V. grzejniki typu 33 KV o dl. 1000-1400 mm (uśredniona cena rynkowa 622,33 zł/szt.) -w kosztorysie Konsorcjum uśredniona cena wraz z montażem 434,05 zł/szt.;
- VI. grzejniki typu 11 KVo dl. 1600-2000 mm (uśredniona cena rynkowa 477,02 zł/szt.) - w kosztorysie Konsorcjum uśredniona cena wraz z montażem 329,49 zł/szt.;
- VII. grzejniki typu 22 KV o dł. 1600-2000 mm (uśredniona cena rynkowa 650,35 zł/szt.) -w kosztorysie Konsorcjum uśredniona cena wraz z montażem 405,06 zł/szt.;
- VIII. grzejniki typu 33 KV o dl. 1600-2000 mm (uśredniona cena rynkowa 1057,34zł/szt.) -w kosztorysie Konsorcjum uśredniona cena wraz z montażem 717,29zł/szt.

Do uśrednionych cen rynkowych wszystkich grzejników należy doliczyć jeszcze koszt ich montażu. Podano również zaniżoną cenę zakupu tego drewna (uśredniona cena rynkowa 2600 zł/m³) -cena w kosztorysie Konsorcjum 1108,24 zł/m³. Biorąc pod uwagę różnicę w ilości i w cenie, koszt zakupu drewna klejowego zaniżono o ok. 451 000 zł.

Oprócz wyżej podanych różnic cenowych i ilościowych oraz braku wykazania niektórych robót, nie wykazane są kosztowne płukania i próby szczelności rurociągów i urządzeń. Występują również znaczne odchyłki cen w porównaniu do cen w ofertach innych Wykonawców, a są to: 1) elementy wykończenia; 2) instalacje wewnętrzne wodno-kanalizacyjne; 3) wentylacja; 4) przyłącze energetyczne do budynku; 5) przyłącze kanalizacji deszczowej; 6) przyłącze gazowe ze stacją redukcyjno-pompową.

Odwołujący wskazał również na próbę niezgodnego z prawem przeszacowania wartości zamówienia i okoliczność, że aktualnie zamawiający zamierza przeznaczyć znacznie mniejszą kwotę na realizację zamówienia i to taką kwotę, w której mieści się wyłącznie oferta konsorcjum.

Zarówno cena ofertowa Konsorcjum jak i Protestującego ustalane były przed dniem 4 czerwca 2009 roku, czyli przed składaniem ofert. Przeszacowana wartość szacunkowa zamówienia ustalona została na dzień 6 sierpnia 2009 roku czyli około 2 miesiące później, gdy ceny nieznacznie spadły. Oznacza to, że gdyby Zamawiający przeszacował wartość zamówienia przed 4 czerwca 2009 roku, to byłaby ona wyższa, a tym samym bliższa, a może tożsama z ceną ofertową Odwołującego i jeszcze dalsza do ceny Konsorcjum.

Cena brutto oferty Odwołującego wynosi 27.985.297,70 zł, wartość przeszacowanego zamówienia wynosi 27.058.928,16 zł brutto, a cena ofertowa Konsorcjum wynosi 20.778.737,25 zł brutto.

Odwołujący zauważył również, że gdyby architekt dokonujący przeszacowania zastosował współczynniki takie jak Konsorcjum, to wartość przeszacowanego zamówienia byłaby znacznie wyższa i dokonał porównania tych współczynników:

- stawka roboczogodziny: architekt 11,53 zł, Konsorcjum 15,50 zł;
- koszty pośrednie: architekt 66,90 %, Konsorcjum 75 %;
- koszty zakupu: architekt 7,80 %, Konsorcjum 7 %;
- zysk: architekt 12,70 %, Konsorcjum 17 %.

Zamawiający w dniu 9 września protest oddalił, wskazując że KIO w wyroku z dnia 13 sierpnia 2009 roku nie stwierdziła, że Konsorcjum zaoferowało rażąco niską cenę. Zwrócił uwagę na postępowanie dowodowe, jakie zostało przeprowadzone przed składem orzekającym i to, że Izba nie doszła do wniosku, że zaoferowana cena jest rażąco niska a jedynie nakazała zamawiającemu aby dochował zaniechanej procedury wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wyjaśnił, że wiadomym było kiedy wpłyną wyjaśnienia konsorcjum i w tym dniu cała komisja przetargowa była zobowiązana do stawiennictwa. Zamawiający rzetelnie i sprawnie ocenił wyjaśnienia i podjął decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej. Postępowanie dowodowe przed Izba oraz złożone wyjaśnienia utwierdziły zamawiającego w przekonaniu, że kalkulacja jest rzetelna i gwarantuje wykonanie zamówienia a także zapewnia zysk. Twierdzenie odwołującego są tylko insynuacją i nie zostały poparte żadnym dowodem.

Zamawiający zwrócił uwagę, że konsorcjum zamierza wykonać zamówienie samodzielnie tymczasem odwołujący zamierza powierzyć szereg zakresów podwykonawcom, stąd w ocenie zamawiającego różne podejście do aspektów technicznych i ekonomicznych i niemożliwość porównania ofert.

Oferty te są nieporównywalne także z powodu skrajnie różnego podejścia do zakresu robót jakie te firmy przewidziały do wykonania w poszczególnych latach. Odwołujący podzielił zakres robót niemal równo na 3 lata, a Konsorcjum będzie prowadziło roboty przez okres 2 lat a w trzecim roku przewiduje wykonanie prac za kwotę jedynie 200 tys. zł.. Nieprawdą jest,

że konsorcjum nie złożyło dowodów do wyjaśnień z dnia 21 sierpnia 2009 roku. W postępowaniu dowodowym przed Izbą zamawiający wykazał, że obecnie podobne obiekty są realizowane za cenę wynoszącą ok. 3 383, 65 zł/ m² do 3 804, 90 zł/ m². co oznacza że zaofiarowana cena konsorcjum odpowiada cenie rynkowej i jest nieco wyższa. Zamawiający przedstawił tabelaryczną analizę kosztów wykonania kubaturowych obiektów basenowych podobnych zakresem do obiektu zamawiającego. Odnosząc się do rzekomego niezgodnego z prawem przeszacowania wartości, to zamawiający wskazał, że odwołujący nie podał podstawy prawnej jaką zamawiający naruszył takim działaniem. . Żaden przepis nie zabrania zamawiającemu dla celów własnych dokonywać sprawdzenie prawidłowości ustalenia wartość szacunkowej zamówienia na dowolnym etapie postępowania. Jest to dowód dochowania należytej staranności. Zamawiający przedstawił w załączeniu zaktualizowany na dzień 6 sierpnia 2009 roku kosztorys inwestorski. Wskazał, że w orzecznictwie utarło się stanowisko, że dla uznania że ceną jest rażąco niska nie jest wystarczająca określenia, że odbiega ona o określoną wartość 20, 30 czy 60 % od ceny innego wykonawcy. Konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia star przez wykonawcę (wyrok KIO/UZP 1492/08)

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący wniósł w dniu 18 września 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jego kopię zamawiającemu. Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum;
3. dokonania ponownego badania ofert;
4. dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Kopia odwołania została przekazana odwołującemu w dniu 18 września 2009 roku.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, wyjaśnień z dnia 21 sierpnia 2009 roku złożonych przez konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., pism procesowych złożonych w sprawie oraz wysłuchaniu pełnomocników stron i przystępującego na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 roku Sygn. akt KIO/UZP 1000/09 wezwał, zgodnie z jego sentencją tego orzeczenia, Konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stosownych wyjaśnień dotyczących czynników mających wpływ na wysokość ceny. W wyniku analizy wyjaśnień zamawiający uznał, iż cena została skalkulowana w sposób rzetelny, a wyjaśnienia w dostateczny sposób potwierdzają rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia za zaproponowaną w ofercie cenę.

Izba ustaliła, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 35 685 229,73 zł netto, co stanowi równowartość 9 204 103,51 euro (zgodnie z protokołem ZP- 1). Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podana zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp wynosi 43 535 980,27 brutto.

W postępowaniu złożono 16 ofert, oferty 5 wykonawców zostały odrzucone.

Wykonawcy zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia za następujące ceny brutto:

1. Konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. - 20 778 737,75 zł;
2. BUDIMEX DROMEX S.A. - 27 985 297,70 zł;
3. MIRBUD SA - 27 992 767,02 zł;
4. EIFFAGE BUDOWNICTWO MITEX S.A. - 28 083 790,00 zł;
5. ALSTAL Budownictwo Sp. z o.o. - 30 114 985,79 zł;
6. Mostostal Warszawa S.A. - 31 879 708,15 zł;
7. DORBUD S.A. - 33 329 999,88 zł;
8. BUDUS S.A. - 35 853 435,12 zł;
9. STRABAG Sp. z o.o. - 38 842 733,19 zł;
10. konsorcjum POL- AQUA S.A. - 39 736 249,32 zł;
11. Konsorcjum ABB - FDO Polska Sp. z o.o. - 86 490 920,97 zł.

Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie:

1. budynku hali basenowej z instalacjami wewnętrznymi, zagospodarowaniem terenu, drogami, chodnikami, infrastrukturą towarzyszącą, przyłączami; energetycznym, wodociągowym, kanalizacji sanitarnej, deszczowej i gazowym.
2. budynku sztucznego lodowiska z instalacjami wewnętrznymi, zagospodarowaniem terenu, drogami, chodnikami i infrastrukturą towarzyszącą.

W § 7 wzoru umowy zamawiający określił wynagrodzenie jako ryczałtowe, za całość zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektu i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Postanowienie takie zawiera również pkt 10 SIWZ – opis sposobu obliczenia ceny. Dodatkowo w wyjaśnieniach do SIWZ, zamawiający potwierdził, iż przyjmuje cenę oferty, jako obejmującą cały przedmiot zamówienia i nie będzie weryfikował poprawności jej wyliczenia. W punkcie 7 rozdziału I SIWZ, zamawiający wymagał złożenia wraz ofertą harmonogramu realizacji robót i planu płatności. Zamawiający poinformował, że przedmiary załączone do SIWZ stanowią element pomocniczy do przygotowania oferty. Ponadto żądał złożenia kosztorysu ofertowego, opracowanego metodą szczegółową, z podaniem stawki roboczogodziny, wskaźnika kosztów pośrednich, kosztów zakupu, wskaźnika zysku, stawki podatku VAT. Zamawiający wyjaśnił, że pozycje dla których nie zostaną określone ceny jednostkowe, przyjmie jako ujęte w cenie całkowitej przedmiotu zamówienia podanej w ofercie.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba stwierdziła, że interes prawny odwołującego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu środków ochrony prawnej jest bezsprzeczny. Potwierdzenie się zarzutów stawianych w odwołaniu i uwzględnienie zawartych w nim żądań stwarza odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym orzeczeniu jest prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej przez Konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o.

Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie przyjmuje się, że punktem odniesienia dla stwierdzenia czy cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej jest przede wszystkim szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług - pod warunkiem ustalenia jej przez zamawiającego z należytą starannością a w dalszej kolejności cena innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Bezspornym jest, że cena oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. jak również ceny większości innych ofert złożonych w postępowaniu, poza ofertą skrajnie najdroższą, są znacznie mniejsze od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT ustalonej przed wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne i wynoszącej 43 535

980,27 brutto. Świadczy to niezbicie o tym, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona przed wszczęciem postępowania została zawyżona i nie może ona stanowić miarodajnego punktu odniesienia do ustalenia czy cena zaproponowana przez przystępującego ma charakter ceny rażąco niskiej. Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom zamawiającego co do okoliczności zawyżenia wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający wyjaśnił, że w związku z aktualną sytuacją na rynku i zaobserwowanym spadkiem kosztów materiałów oraz kosztów pracy dokonał przeszacowania wartości zamówienia i ustalił jego wartość na dzień 6 sierpnia 2009 roku na kwotę 22 179 449, 31 zł netto, co po zwiększeniu o należny podatek VAT stanowi kwotę 27 058 928, 16 zł brutto. Różnica pomiędzy przeszacowaną wg. aktualnych cen rynkowych wartością szacunkową zamówienia a ceną zaproponowaną przez konsorcjum TIWWAL wynosi ok. 23 %.

Zgodnie z art. 35 ustawy Pzp ustalenia wartości szacunkowej zamówienia dokonuje się przed dniem wszczęcia postępowania, dlatego czynność zamawiającego ponownego oszacowania przedmiotu zamówienia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Niemniej jednak, w ocenie Izby, w zaistniałych okolicznościach faktycznych sprawy, wobec bezspornej między stronami okoliczności, że kosztorys inwestorski został oparty na dużo wyższych stawkach niż aktualnie obowiązujące na rynku budowlanym, należy uznać, że wartość szacunkowa kosztorysu nie może być miarodajną przesłanką do stwierdzenia zaproponowania przez konsorcjum TIWWAL ceny rażąco niskiej.

W orzecznictwie przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena pozostaje w rażącej dysproporcji do indywidualnie oferowanego świadczenia. O rażącej dysproporcji można mówić, jeżeli cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, ponieważ nie jest wyrazem konkretnych indywidualnych możliwości ekonomicznych wykonawcy, ani adekwatną reakcją na sytuację na rynku (komentarz G. Wicik, P. Wiśniewski, 2007r., str. 89).

Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy, który w złożonych wyjaśnieniach winien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez siebie cenę (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 roku, sygn. akt. VI Ca 464/05). W sytuacji złożenia stosownych wyjaśnień, które zostały przez zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu co do braku przedstawienia w wyjaśnieniach obiektywnych elementów mających wpływ na wysokość ceny i złożenia niewystarczających wyjaśnień spoczywa w całości na odwołującym. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie

w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, Sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym sąd stwierdził, że *„Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne”* (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2008 roku, Sygn. akt KIO/UZP 1068/08).

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdza, że w zaistniałych okolicznościach faktycznych sprawy, ciężar udowodnienia faktu złożenia niewystarczających wyjaśnień dotyczących elementów, mających wpływ na wysokość ceny spoczywa na odwołującym, który z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zatem niezasadne jest stanowisko zaprezentowane przez odwołującego, że ciężar ten spoczywa na przystępującym czy zamawiającym, który takie wyjaśnienia przyjął za zasadne.

W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. z dnia 21 sierpnia potwierdzają realność i możliwość rzetelnego wykonania zamówienia za zaproponowaną w ofercie cenę, a w związku z brakiem przedstawienia przez odwołującego dowodów na twierdzenie przeciwne nie ma podstaw do uwzględnienia żądań odwołującego.

Odnosząc się do treści złożonych wyjaśnień, w ocenie Izby, jako obiektywny czynnik cenotwórczy, mający wpływ na wysokość zaproponowanej należy uznać indywidualne zestawienie kosztów poszczególnych elementów robót, które mają wpływ na kalkulację ceny oferty. Wyjaśnienia udzielone przez konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. w sposób szczegółowy przedstawiają kalkulację ceny oferty, ze wskazaniem poszczególnych elementów cenotwórczych, w tym zakładanego zysku na poziomie 17 %.

Izba wskazuje na różnice między kosztami robót zaproponowanych w ofercie odwołującego i konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. dotyczące następujących pozycji: konstrukcji dachu z pokryciem, elementów wykończenia, wentylacji, instalacji pomp ciepła, technologii lodowiska i technologii basenu. Przyjąć należy, że przedstawiona przez przystępującego - konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. kalkulacja ma charakter indywidualny i zakłada 17 % zysk, a zatem nie można mówić o nierealności i niemożliwości wykonania przedmiotowego zamówienia.

Konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. wskazało w złożonych wyjaśnieniach, że prowadząc równoległe wiele inwestycji o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia, objętego niniejszym postępowaniem jest w stanie uzyskać cyt. „wyjątkowo sprzyjające dla nas warunki wykonywania zamówienia w postaci zagregowanych dostaw np. specjalistycznych urządzeń wentylacji, technologii wody basenowej, ceramiki basenowej, elementów drewna klejonego, zjeżdżalni wodnych, czy agregatów wody lodowej z urządzeniami do schładzania płyty lodowiska, co przekłada się na oszczędność metod wykonania przedmiotowego zamówienia”. W ocenie Izby wskazane przez konsorcjum czynniki realizacji jednocześnie kilku inwestycji o zbliżonym charakterze do przedmiotu zamówienia oraz możliwość zakupu

materiałów po korzystnych cenach są czynnikami obiektywnymi, zindywidualizowanym i sprawiają, że konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. jest w stanie zaoferować niższe koszty realizacji wskazanych w wyjaśnieniach elementów robót, dzięki obniżeniu którym jego oferta jest ofertą proponującą najniższą cenę. Okoliczność tę wzmacniają i potwierdzają złożone do protokołu rozprawy wyjaśnienia przystępującego konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., że dzięki zawartym umowom ramowym z dostawcami materiałów uzyskuje on ceny indywidualnie negocjowane i wyjątkowo korzystne. Odwołujący nie zaprzeczył, że takie okoliczności mogą mieć charakter indywidualny i obiektywny. Ponadto złożone w trakcie rozprawy pismo procesowe z dnia 8 października 2009 roku, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, potwierdza możliwość realizacji zamówienia za zaproponowaną w ofercie cenę i wskazuje na zastosowanie w ofercie indywidualnych rozwiązań technologicznych i technicznych w zakresie instalacji solarnej, geotermalnej i odzysku ciepła, instalacji uzdatniania wody basenowej i niecki a także technologii lodowiska, które pozwolą na optymalizację kosztów wykonania obiektu i oszczędności w realizacji zamówienia.

Nie bez wpływu na cenę zaproponowaną w ofercie jest także, w ocenie Izby, wskazywane przez przystępującego - Konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. i wynikające z treści ofert odwołującego i konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. różne rozłożenie natężenia realizacji poszczególnych elementów robót. Konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. zamierza zrealizować większość prac do końca 2010 roku, do wykonania w roku 2011 wykazano jedynie roboty towarzyszące tj. oświetlenie zewnętrzne, drogi chodniki, rozruch i szkolenie i przyłącze gazowe, podczas gdy odwołujący zamierza w roku 2011 zrealizować dużą część robót. Działanie takie, w ocenie Izby, pozwala zmniejszyć koszty utrzymania placu budowy co bezpośrednio wpływa na cenę oferty.

Dodatkowo Izba wskazuje, że twierdzenie o zastosowaniu ceny rażąco niskiej odwołujący oparł m.in. na wykazaniu braku wyceny niektórych pozycji kosztorysowych czy zaniżeniu cen materiałów, podaniu błędnych wartości w stosunku do przedmiarów robót. Bezspornym między stronami jest, że wynagrodzenie za przedmiotowe zamówienie ma charakter ryczałtowy, co oznacza że ustalone zostało ono z góry za całość zamówienia i wykonawca nie będzie mógł domagać się jego zwiększenia. Przy takim charakterze wynagrodzenia złożenie kosztorysów ma jedynie charakter pomocniczy, służy zbadaniu realności oferowanej ceny a wszelkie uchybienia czy brak wyceny niektórych pozycji nie może skutkować odrzuceniem oferty.

Wykorzystanie posiadanych zapasów do realizacji przedmiotowego zamówienia pozwala niewątpliwie obniżyć koszty jego wykonania, a uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, nie znajduje uzasadnienia stanowisko odwołującego, że wykonawca zamierza przekazać część materiałów pod tytułem darmym.

Podsumowując, złożone wyjaśnienia potwierdzają realność zaproponowanej przez konsorcjum TIWWAL Sp. z o. o ceny oferty, a wobec braku przedstawienia przez odwołującego, na którym spoczywa ciężar udowodnienia, dowodów na twierdzenie, że zaproponowana cena odbiega w sposób rażący od zaoferowanego świadczenia i nie jest możliwe należyte jego wykonanie, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie i oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 oraz art. 191 ust. 1 a ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), przyznając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnikowi zamawiającego w kwocie 3600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....